

16/04/96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 73662-9 MINAS GERAIS

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO
PACIENTE : MARCIO LUIZ DE CARVALHO
IMPETRANTES: PAULO ADHEMAR PRINCE XAVIER E OUTRO
COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior.

ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros.

ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em segunda turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em rejeitar proposta do Presidente, tendo em conta a importância da matéria, no sentido de afetar ao Plenário o julgamento do habeas-corpus, vencidos os Ministros Carlos Velloso e Presidente; também por maioria de votos, em conceder o habeas-corpus para absolver o Paciente,




[Handwritten signature]

vencidos os Ministros Carlos Velloso e Presidente; e em determinar a expedição de alvará de soltura, em favor do Paciente, se por a não houver de permanecer preso.

Brasília, 21 de maio de 1996.

NÉRI DA SILVEIRA - PRESIDENTE


MARCO AURELIO - RELATOR

16/04/96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 73662-9 MINAS GERAIS

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO
PACIENTE : MARCIO LUIZ DE CARVALHO
IMPETRANTES: PAULO ADHEMAR PRINCE XAVIER E OUTRO
COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Com a inicial de folhas 2 a 13, procuram os Impetrantes demonstrar que, na espécie, não restou configurado o tipo em relação ao qual foi condenado o Paciente, ou seja, aquele consubstanciado no artigo 213, combinado com o artigo 224 do Código Penal. A partir do exame da prova coligida, sustenta-se que não houve o estupro em si, já que a vítima se passara por pessoa com idade superior à real, quer sob o aspecto físico, quer sob o aspecto mental, tendo confessado em Juízo que mantivera relação sexual com o Paciente por vontade própria. Por sua vez, este último, após o episódio, ocorrido em 1991 quando contava com vinte e quatro anos, contraíra matrimônio, levando vida regular e sendo pai de filho menor. Ressalta-se que o Paciente pressupôs estar mantendo conjunção carnal com pessoa de idade superior aos dezesseis anos, verificando-se, assim, verdadeiro erro de tipo. É transcrita jurisprudência sobre a matéria.

Aos autos veio a peça de folha 140, noticiando o julgamento, pela Primeira Câmara Criminal, de apelação interposta pela defesa, mediante o qual foi expungido o aumento da pena.

0018420200
0349073660
0220000040

HC 73.662-9 MG

Remetidos os autos à Procuradoria Geral da República, pronunciou-se esta no sentido do indeferimento do pedido, salientando ser o habeas-corpus impróprio ao reexame de provas.

É o relatório.



HC 73.662-9 MG

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) -

Inicialmente, ressalvo entendimento pessoal sobre a competência para julgar este habeas-corpus, cuja definição, continuo convencido, ocorre consideradas as pessoas envolvidas na hipótese sob exame. O Paciente não goza de prerrogativa de foro. Assim, cabe perquirir a situação daqueles que integram o Órgão apontado como coator - o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Os desembargadores estão submetidos à jurisdição direta, nos crimes comuns e de responsabilidade, do Superior Tribunal de Justiça - alínea "a" do inciso I do artigo 105 da Constituição Federal, o que atrai a pertinência do disposto na alínea "c" do referido inciso, segundo a qual compete àquela Corte julgar os habeas-corpus quando o coator ou o paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for Ministro de Estado, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. Todavia, até aqui este não é o entendimento prevalente. O Plenário, ao concluir o julgamento da reclamação nº 314/DF, em que funcionou como Relator o Ministro Moreira Alves, assentou que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus, desde que não seja substitutivo de recurso ordinário, interposto contra ato de tribunal, ainda que não guarde a qualificação de superior. Na oportunidade, fiquei vencido na companhia honrosa dos Ministros Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Celso de Mello, tendo findado o julgamento em

HC 73.662-9 MG

30 de novembro de 1993. Conheço do pedido ora formulado. O tema foi melhor desenvolvido quando verificado o debate junto ao Pleno. Confira-se com o que publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 9, páginas 140 a 146.

No mérito, tem-se que, nos crimes de estupro, o depoimento da vítima exsurge com inegável importância. No caso dos autos, ouvida em Juízo, esclareceu que vinha saindo de motocicleta com o Paciente, sempre indo a lugar deserto para troca de beijos e carícias. Apontou que o mesmo já fizera com um dos amigos do Paciente, entre outros rapazes. A seguir, noticiou que o Paciente pedira gentilmente para que mantivesse consigo conjunção carnal, e que se recusara, de início, mas cederia em face às carícias. Retornando à residência, pedira ao Paciente que a deixasse longe de casa, visando a fugir à fiscalização do genitor, que, por falta de sorte, viu-a descer da motocicleta.

Ao que tudo indica, a ação penal em que condenado o Paciente surgiu única e exclusivamente da reação do pai da vítima. Esta, respondendo a perguntas endereçadas pelo Estado-acusador, foi categórica em afirmar que:

"(...)já ficou com outro rapaz de nome Valdir; que se relacionou sexualmente com o réu por três vezes e que na última foi que seu pai pegou; que a depoente manteve relações sexuais com o réu na primeira vez que o conheceu; que tal relação sexual não foi forçada em hipótese alguma; que assim agiu porque pintou vontade; que o relacionamento da depoente com o pai não é muito bom e que o pai a pressionou para comparecer perante a autoridade; que transou com Valdir num sítio abandonado perto da fábrica." (folhas 48 e 49)

A seguir, em face de intervenção feita pela assistência da acusação, respondeu a vítima:

HC 73.662-9 MG

"(...)tinha muito medo do pai saber que ela estivesse se encontrando com o réu sexualmente; que não houve violência em momento algum; que a depoente não tem medo de pegar AIDS, nem de engravidar porque se tiver um filho o criará." (folha 49)

Soma-se ao depoimento da própria vítima a da testemunha Henrique Ambrósio de Souza, consoante o qual:

"(...)tinha conhecimento de que Márcio saía junto à menor Maria Adelaide Noronha; que, igualmente ficou sabendo pelo próprio acusado que ambos mantiveram relações sexuais; que a vítima aparentava ter uns 15 ou 16 anos; é do conhecimento do declarante que ela saía com outros; que chegou a ver a menor sair à noite com outras pessoas de moto; que a menor anda muito pela noite ficando até a madrugada na rua e o depoente a considera uma prostitutazinha." (folha 51)

Diante de tais colocações, forçoso é concluir que não se verificou o tipo do artigo 213 do Código Penal, no que preceitua como estupro o ato de "constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça". A pouca idade da vítima não é de molde a afastar o que confessou em Juízo, ou seja, haver mantido relações com o Paciente por livre e espontânea vontade. O quadro revela-se realmente estarrecedor, porquanto se constata que menor, contando apenas com doze anos, levava vida promíscua, tudo conduzindo à procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos. A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas, décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de

HC 73.662-9 MG

acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pelas dessemelhanças. Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. Àquela altura, uma pessoa que contasse doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida.

Ora, passados mais de cinqüenta anos - e que anos: a meu ver, correspondem, na história da humanidade, a algumas dezenas de séculos bem vividos - não se há de igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações. Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes pode advir. Tal lucidez é que de fato só virá com o tempo, ainda que o massacre da massificação da notícia, imposto por uma mídia que se pretende onisciente e muitas vezes sabe-se irresponsável diante do papel social que lhe cumpre, leve à precipitação de acontecimentos que só são bem-vindos com o tempo, esse amigo inseparável da sabedoria.

Portanto, é de se ver que já não socorre à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a

HC 73.662-9 MG

verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. Com certeza, o conceito de liberdade é tão discrepante daquele de outrora que só seria comparado aos que norteavam antigamente a noção de libertinagem, anarquia, cinismo e desfaçatez.

Alfim, cabe uma pergunta que, de tão óbvia, transparece à primeira vista como que desnecessária, conquanto ainda não devidamente respondida: a sociedade envelhece; as leis, não?

Ora, enrijecida a legislação - que, ao invés de obnubilar a evolução dos costumes, deveria acompanhá-la, dessa forma protegendo-a - cabe ao intérprete da lei o papel de arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, sob o ângulo literal, o texto normativo, tornando-o, destarte, adequado e oportuno, sem o que o argumento da segurança transmuda-se em sofisma e servirá, ao reverso, ao despotismo inexorável dos arquiconservadores de plantão, nunca a uma sociedade que se quer global, ágil e avançada - tecnológica, social e espiritualmente.

De qualquer forma, o núcleo do tipo é o constrangimento e à medida em que a vítima deixou patenteado haver mantido relações sexuais espontaneamente, não se tem, mesmo a mercê da potencialização da idade, como concluir, na espécie, pela caracterização. A presunção não é absoluta, cedendo as peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes como reconhecido no depoimento e era de conhecimento público.

Na doutrina encontra-se a corroboração a esta

HC 73.662-9 MG

tese. Consoante ensina Magalhães Noronha, a presunção inscrita na letra "a" do artigo 224 do Código Penal é relativa, podendo ser excluída pela suposição equivocada do agente de que a vítima tem idade superior a quatorze anos:

"Se o agente está convicto, se crê sinceramente que a vítima é maior de quatorze anos não ocorre a presunção. Não existe crime, porque age de boa-fé." (Direito Penal, 4ª ed., vol. 3/221)

Também Heleno Cláudio Fragoso, em *"Lições de Direito Penal"*, afirma que a presunção em comento não é absoluta, *"pois o erro plenamente justificado sobre a idade da vítima exclui a aplicação de tal presunção"*.

Por tais razões, concedo a ordem para absolver o Paciente.

É o meu voto.



16/04/96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N° 73.662-9 MINAS GERAIS

V O T O

ADITAMENTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) -

Senhor Presidente, assento que a presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal não é absoluta; é legal, sim, mas cede às circunstâncias do caso, e estas revelam que o Paciente teve a falsa vítima como detentora, à época, de idade superior aos catorze anos, quer considerado o aspecto físico, mental ou a desenvoltura que demonstrava nas saídas noturnas.

A condenação do Paciente não interessa, a esta altura, à sociedade.

Por tais razões, tendo em conta até mesmo a passagem do tempo, já que o episódio ocorreu há mais de cinco anos, quando solteiro o Paciente, estando ele hoje casado, com família, tendo vida irrepreensível, concedo a ordem para absolvê-lo, potencializando a proteção à própria família prevista no artigo 226 da Carta de 1988.

É o meu voto.

* * *



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 73.662-9

ORIGEM : MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. MARCO AURELIO

PACTE. : MARCIO LUIZ DE CARVALHO

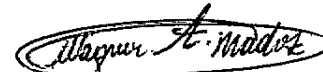
IMPTES. : PAULO ADHEMAR PRINCE XAVIER E OUTRO

COAÇOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Relator deferindo o *habeas corpus* para absolver o paciente do crime de estupro que lhe é imputado, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro Francisco Rezek. 2a. Turma, 16.04.96.

Presidência do Senhor Ministro Nêri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek e Mauricio Corrêa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso.

Subprocurador-Geral da República, o Dr. Mardem Costa Pinto.



Wagner Amorim Madoz
Secretário

14/05/96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 73.662-9 MINAS GERAIS

V O T O

O SR. MINISTRO FRANCISCO REZEK: - Márcio Luiz de Carvalho foi condenado em primeira instância a nove anos — depois, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a seis anos — de reclusão, em regime fechado, por estupro. O relator do **habeas corpus**, Ministro Marco Aurélio, concede a ordem.

Com vista dos autos, observei que estamos diante de uma situação clara quanto aos fatos. Sobre esses fatos firmou-se uma tese jurídica, e quer-se saber se o Supremo Tribunal a abona ou rejeita. A tese é a de que, ocorrendo crime contra os costumes, contando a vítima idade inferior a 14 anos (e o réu, naturalmente, idade superior a 18 anos), o estupro, que a ordem jurídica brasileira contemporânea denomina crime hediondo, é uma conclusão judiciária inevitável. A questão é saber se a presunção de violência, nesse caso, é inafastável, e se, portanto, os operadores do direito envolvidos num processo dessa índole estão dispensados de refletir: considerada apenas a idade das partes e a ocorrência do relacionamento sexual, proclamariam sumariamente a ocorrência de estupro.

Temos aqui uma hipótese de atividade sexual consentida, absolutamente espontânea, e isso é incontroverso. Expressões usadas pela vítima M.A.N., que o voto do relator reproduziu, o deixam claro: cuida-se de exercício



demasiadamente precoce da liberdade sexual — eu o diria precoce mesmo agora, à aproximação do século XXI, embora reconhecendo que não se cuida mais de um fenômeno raro.

A questão é saber se, numa hipótese de sexo consentido, a idade inferior a 14 anos que a mulher ostenta (sem embargo do seu aspecto físico, que fazia supor algo diferente, e das suas circunstâncias) obriga a entender absoluta a presunção do art. 224 do Código Penal, e leva, inexoravelmente, à condenação por estupro. Penso que isso não é justo.

O art. 213, ao definir o estupro, diz:

"Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:"

O núcleo verbal do tipo é constranger. Comete estupro aquele que constrange mulher à conjunção carnal. Segue-se o complemento: "mediante violência ou grave ameaça". E o art. 224 estabelece:

"Presume-se a violência, se a vítima:

- a) não é maior de 14 anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia essa circunstância;"

O caso é de sexo precoce, mediante consentimento expresso. A única coisa que dependeria de alguma análise de prova é a questão de saber em que medida a vítima induziu a relação, ou consentiu simplesmente. Isso, no fundo, faz pouca diferença. O que está claro é que se cuidou de



relacionamento consentido; e depois, à conta não da vontade de M.A.N., mas do desígnio de seu pai, abriu-se o inquérito que resultou no processo penal conducente, enfim, à condenação por estupro.

O que me leva, embora muito consternado, a acompanhar o voto do Ministro relator, concedendo a ordem de **habeas corpus**, é a convicção de que não concedê-la significa proferir, no Supremo Tribunal Federal, uma tese jurídica de extremo risco: a de que a máquina judiciária está dispensada de raciocinar quando a pura e simples consideração da idade das partes transforma o sexo consentido em estupro. Proclamássemos essa tese e o resultado seria, eventualmente, classificar como crime hediondo aquela situação em que uma jovem às vésperas de completar 14 anos, mas com pleno desenvolvimento físico e vida sentimental precoce, decide iniciar sexualmente um jovem que acaba de completar 18 anos, de quem gosta e cuja timidez de algum modo a comove. Essa situação, não tão rara, seria entretanto, pelos defeitos da nossa ordem jurídica, classificada como estupro, vítima a moça, criminoso hediondo o rapaz.

Falta em nossa lei penal uma figura mais flexível e abrangente, que enquadrasse condutas reprováveis como o assédio sexual (sobretudo no ambiente de trabalho), e as várias formas de abuso resultante da falta de escrúpulos, como o envolvimento consentido com menor de 14 anos; condutas que não têm, contudo, a gravidade do estupro, nem se ajustam ao molde legal da sedução e da corrupção de menor.

Penso que a condenação por estupro, à vista dos artigos 213 e 224 do Código Penal, não faz justiça no caso concreto. A questão de saber se podemos ou não partir para a

presunção de violência depende de uma premissa, que é saber se houve constrangimento, e constrangimento é tudo aquilo que estes autos não retratam. Constrangimento, eu o veria num quadro minimamente próximo daquele da corrupção de menor, ou daquele da sedução. Abro aqui parênteses para dizer que não estou entre os críticos da subsistência desse tipo no Código Penal brasileiro, visto que aquilo que o crime de sedução penaliza não é, na realidade, a atividade sexual, mas a fraude. É o fato de alguém apresentar-se como intencionado a determinada coisa, quando deseja outra. É o fato de alguém simular certos sentimentos e objetivos, quando seu propósito verdadeiro é diverso. É o fato de, num mundo de tantas e tantas pessoas liberadas, aproximar-se alguém de um núcleo familiar conservador, e aí, fraudulentamente, usando do discurso conservador, a promessa de casamento ou algo semelhante, obter intimidades que, afinal, não conduzirão ao prometido. Aquilo que o art. 217 penaliza, insisto, não é a liberdade sexual, e sim a fraude, esta sempre reprovável.

Volto a dizer que poderia, numa situação variante desta dos autos, entender que houve algum constrangimento, e que por isso, em razão da idade da vítima, presumiremos a violência, se qualquer elemento circunstancial contribuísse nesse sentido. Por exemplo, se não fosse o réu um jovem operário, tão simples quanto a vítima sob todos os aspectos, exceto a menoridade dela; se houvesse uma relação hierárquica qualquer; se fosse ele o chefe, o tutor, o parente, o empregador, o professor, o filho do patrão, o guru, o astro pop, o líder da banda... Nada disso. O que temos aqui é uma hipótese de sexo entre dois jovens (ela jovem demais) não vinculados por nenhum fator que pudesse, de algum modo,



contaminar a vontade de um deles, significando uma forma, ainda que incomum, de constrangimento.

Não creio, portanto, que tenham feito justiça as instâncias penais ao optarem pela condenação, primeiro a nove anos, e afinal a seis anos de reclusão, em regime fechado, por crime hediondo de estupro.

A idade da menor — embora, ao que tudo faz crer, despercebida do réu, que a supunha um pouco menos jovem — justificaria outra forma de condenação, se o permitisse a maior plasticidade, a maior racionalidade do nosso direito penal.

Nas circunstâncias deste caso, que certamente nos dividirá e que é penoso para todos, não me parece apropriado proclamar uma tese de alto risco, porque lança cidadãos comuns, acaso irresponsáveis ou pouco escrupulosos, mas seguramente incapazes de cometer um verdadeiro crime de estupro, na categoria dos criminosos hediondos.

Estou na contingência, assim, de acompanhar o voto do Ministro relator, concedendo a ordem de **habeas corpus**.



14/05/96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N° 73.662-9 MINAS GERAISV O T O

O SR. MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - Sr. Presidente, a primeira dúvida que me havia assaltado diz respeito, exatamente, aos limites do habeas corpus, isto é, se seria possível nesta sede, fazer avaliações que de certo modo estão relacionadas com a prova existente nos autos.

A primeira resposta seria não.

Contudo, ao que respondeu-me o eminente Relator, tais elementos constaram de manifestações por época do julgamento no Tribunal de origem.

Creio que, sobre esses elementos, em confronto com a estrutura teleológica do writ, em determinadas situações especialíssimas, raras, inusitadas, inusuais, sobretudo quando o condenado também é um jovem, patente as circunstâncias em que se viu envolvido, convidado, provocado e incentivado a manter relações sexuais com menor de 14 anos de idade, não podem ser desconsiderados, dada a natureza específica do caso, com as suas características excepcionais, tão-somente em homenagem à construção de certa doutrina de antanho em flagrante descompasso com os dias hodiernos, para, et pour cause, ignorar, deixar ao oblívio da apreciação, a grave e exacerbada

0018420200
0349073660
0230315900

condenação a que se viu submetido, para cumprir prisão em regime fechado por tão longo tempo, sem que se lhe ensejasse algum remédio com o qual pudesse se valer para a derradeira postulação de ver examinada a sua pretensão, e portanto, de depositar a sua última esperança nas mãos da Corte Suprema.

Penso que se deve dar ao paciente essa oportunidade.

Não sei se o juiz deveria ficar infenso ao fenômeno social de profundas transformações que tem sofrido a sociedade brasileira, com influência direta sobre a juventude, que não mais pode ser contida em casa, mesmo com a vigilância permanente e pessoal dos pais, sem se agitar e mesmo se excitar com a profusão de informações que recebe, com a prodigalidade com que os meios de comunicação e a informática transmitem e veiculam as imagens e cenas de toda ordem, provocando e incentivando a que os jovens não se confinem em suas casas - situação hoje impossível de ser controlada pelos pais ou responsáveis, com poucas exceções -, para se liberarem para os bares, "danceterias", "choperias", festivais de toda ordem, "boites", clubes, praias e tantos outros locais que funcionam como verdadeiros chamarizes, onde deságuam e realizam as suas fantasias.

Deveria ou deverá o juiz estar aligidamente circunscrito a vetustez de um ordenamento penal obsoleto, distante da atualidade e das inovações que galopam nas asas da criatividade humana, com as mais sofisticadas tecnologias, ou deveria ou deverá emprestar a interpretação que a sua consciência ditar, em razão desses fenômenos, já que o processo

legislativo às vezes age rapidamente, quando há conveniência, mas que, a despeito da reformulação da legislação penal, caminha a passos de tartaruga?!

Entendo que não.

Prefiro entender, a meu ver, a exata exegese do artigo 213 do CP, quando admite que o estupro se dá quando há violência ou grave ameaça, e não na hipótese desses autos, em que tais circunstâncias inexistem, sobejamente comprovado que a relação foi consentida, que a jovem já não era mais virgem e que já havia mantido relações sexuais com outros parceiros, além de outros elementos informativos sobre a sua vida pregressa, e ademais que não conseguia ser contida sequer pelo pai, de quem não gostava.

Ora, é preciso levar em conta também a condição humana do paciente, examinar os aspectos em que o fato se verificou, a sua participação completa no evento, a ambiência, enfim, criada no momento exato da relação, para se aferir se naquele instante deveria ou não julgar ou estimar se se tratava de menor de 14 anos ou não - moça já formada e que aparentava ser maior de idade!!

Perdõem-me, mas não posso, pela forma em que ocorreram os fatos afirmados nesta impetração e provados nos autos, que não deva levar em conta a inexistência de qualquer violência, para aplicar friamente o que contém o artigo 224, da Lei Penal, entendendo tratar-se de presunção absoluta, deixando passar desapercibido o verdadeiro quadro de como se realizou

essa relação de que teria resultado o estupro.

É bem verdade que se trata de menor, mas seria possível, diante do que aconteceu, também não se anotar a essencialidade do comando do artigo que define o estupro, para só se aplacar o complemento desse comando que fala sobre a menoridade?

Assim, admito que o tipo do crime deve ser considerado e compreendido, tendo-se em vista o seu complemento, que define a presunção de violência (art. 224), mas que a subjetividade dessa presunção não pode ir além da relatividade das circunstâncias em que o estupro se verificou.

Seria insensibilidade, a meu ver, distante dos verdadeiros contornos em que o fato se deu, para não vislumbrar que aqui a presunção é relativa e não absoluta, já que a possibilidade de ser a vítima alienada ou débil mental, restou afastada.

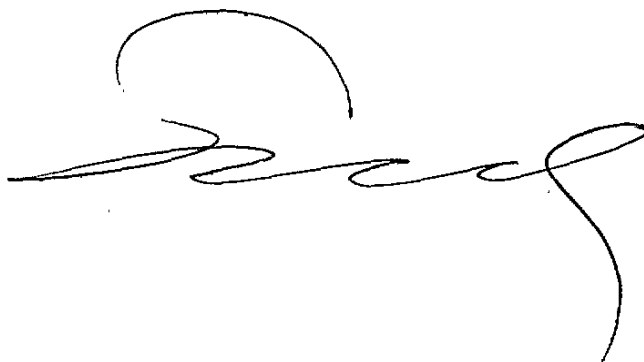
Sr. Presidente, a jurisprudência é construída em cada caso concreto, e por isso mesmo não estou generalizando este meu entendimento para a incidência a outras hipóteses, como precedente erga omnes, reservando-me, evidentemente, na análise de novo julgamento de que eventualmente venha a participar, para traduzir minha visão, quem sabe sobre outro ângulo, que é aqui restrita a tal quaestio, ressalva essa que faço questão de anotar.

Deixo de acrescentar quaisquer outros adminículos,

HC 73.662-9 MG

porque me satisfaço com o voto do Relator, a que agora se acrescenta o exato e circunstanciado pronunciamento do Ministro Francisco Rezek.

Meu voto, portanto, acompanho o do e. Relator.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Rezek', written in a cursive style. The signature starts with a large, rounded initial 'R' and ends with a long, sweeping tail that curves downwards and to the right.

14/05/96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N^o 73.662-9 MINAS GERAISV O T O

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: - Sr. Presidente, peço vênia ao Sr. Ministro Marco Aurélio, Relator, e aos demais Srs. Ministros que o acompanharam, para divergir.

O que deve ser considerado é que uma menina de doze anos não possui suficiente capacidade para consentir livremente na prática do coito. É que uma menina de 12 anos, já se tornando mulher, o instinto sexual tomando conta do seu corpo, cede, com mais facilidade, aos apelos amorosos. É precária a sua resistência, natural mesmo a sua insegurança, dado que não tem ela, ainda, condições de avaliar as conseqüências do ato. O instinto sexual tende a prevalecer. Por isso, a lei institui em seu favor a presunção de que foi levada à consumação do ato sexual mediante violência (Cód. Penal, art. 224, a).

A afirmativa no sentido de que a menor era leviana não me parece suficiente para retirar-lhe a proteção da lei penal. Leviana talvez o seja, porque imatura, não tem, ainda, condições de discernir livremente. Uma menina de doze anos está, indiscutivelmente, em formação, não sabe ainda querer.

Li, enquanto votava um dos eminentes Colegas, as declarações que foram prestadas pela menor, em Juízo. Vou ler,



0018420200
0349073660
0230415610

Sr. Presidente, para os Srs. Ministros tais declarações (lê).

Na verdade, a menor afirmou que "pintou vontade" de realizar o coito. Quando, entretanto, teria "pintado essa vontade"? Montaram na motocicleta, pararam, passaram a trocar beijos, o ora paciente a passar a mão no seu corpo. Ora, menina-moça, de 12 anos, depois disso, teria que ter vontade de realizar o ato sexual. Não "pintaria vontade" se ela não fosse humana, quase mulher.

O paciente é que, com vinte e quatro anos de idade, deveria ter pensado duas vezes antes de realizar o coito, de induzi-la ao coito. Ao que leio das declarações, foi ela induzida, levada à consumação do ato sexual, mediante beijos, abraços e outras carícias.

Diz ela, ainda, está nas declarações que li para os eminentes Ministros, que não tem medo de pegar AIDS e que depois veio a se relacionar com outro homem.

Quem presta tais declarações não é capaz de decidir, é uma imatura. Na verdade, uma jovem de 12 anos não é ainda uma mulher, não sabe discernir a respeito dos seus instintos sexuais. Essa imaturidade, que impede a compreensão do exato sentido do ato, revela-se, justamente, nas declarações que foram prestadas, em que a menina-moça se preocupa em parecer mulher de vida livre. Isto decorre, repito, da imaturidade. Fosse ela mulher feita, pudesse ela discernir como adulta, e suas declarações seriam outras, ela tentaria se defender, parecer moça austera, circunspecta. *moço*

O Desembargador Alves Braga, do Tribunal de Justiça de São Paulo, eminente magistrado, em voto que proferiu naquela Corte, lecionou:

"Não há dúvida de que o legislador, ao fixar o limite de 14 anos, teve em mente a psicogênese da criança, sem esquecer que a cada etapa do seu desenvolvimento, à medida que se lhe abrem novos horizontes, com inovações e novas descobertas, ela forma a sua unidade que outra coisa não é senão a reunião de fragmentos "feitos de contrastes e conflitos". É evidente que um ser que se metamorfoseia dessa forma, até atingir o seu grau normal de maturidade, não sabe querer. O seu consentimento é sempre a representação de uma visão distorcida de perspectiva de vida. Nem sempre o menor sabe querer, pouco importando o acúmulo de informações mal dirigidas que lhe endereça aquilo que se convencionou chamar de moderna civilização. Outra, pois, não foi a razão pela qual o legislador amparou o menor, negando validade ao seu consentimento, como ocorre na hipótese do art. 224 do Código Penal." (TJSP, RJTJ/SP 23/466, ap. Alberto Silva Franco e outros, "Cód. Penal e sua Interpretação Jurisprudencial", 4ª ed., RT, pág. 1337).

O Supremo Tribunal Federal está tomando, neste caso, decisão das mais importantes, dado que, de lege lata, a

menor tem a proteção da lei, proteção, aliás, em casos como este, que decorre da própria Constituição Federal, que estabelece, no § 4º do art. 227, que "A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente". Hoje, sabemos todos, a imprensa noticia, organizações não governamentais nacionais e internacionais reclamam do governo brasileiro medidas e providências rigorosas contra a prostituição infantil, contra a exploração sexual de menores.

A norma inscrita no § 4º do art. 227, da Constituição Federal — "a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente" — determinação ao legislador e roteiro para o intérprete, indica que se deve emprestar à proteção ao menor, inscrita no art. 224, a, do Cód. Penal, a maior amplitude.

Sr. Presidente, com estas breves considerações, peço vênias aos eminentes Colegas que concederam a ordem para, divergindo, indeferir o writ.

É como voto.

Justo

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 73.662-9

ORIGEM : MINAS GERAIS

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE. : MARCIO LUIZ DE CARVALHO

IMPRES.: PAULO ADHEMAR PRINCE XAVIER E OUTRO

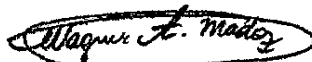
COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Relator deferindo o *habeas corpus* para absolver o paciente do crime de estupro que lhe imputado, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro Francisco Rezek. 2a. Turma, 16.04.96.

Decisão: Após os votos dos Ministros Relator, Francisco Rezek e Maurício Corrêa deferindo o *habeas corpus* para absolver o paciente do crime de estupro e do voto do Senhor Ministro Carlos Velloso indeferindo o pedido, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista formulado pelo Presidente. 2a. Turma, 14.05.96.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Francisco Rezek e Maurício Corrêa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges.



Wagner Amorim Madoz
Secretário

21.05.96
HABEAS CORPUS

SEGUNDA TURMA
Nº 00736629/130

QUESTÃO DE ORDEM
(Proposta de remessa ao Plenário)

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): -
Tenho questão preliminar a submeter à Turma. Como já deliberou a Turma, em outras oportunidades, é possível, regimentalmente, no curso do julgamento, afetar ao Plenário a causa. Cuida-se, aqui, efetivamente, de matéria da maior importância. Sobre ela, há decisões do Supremo Tribunal Federal, em casos semelhantes, com julgamentos de ambas as Turmas.

O presente julgamento não está concluído, o que é bastante ao cabimento da proposta ora feita, diante da significação da "quaestio juris". Com isso, dar-se-ia ao Plenário oportunidade de julgar a espécie, daí resultando firmar a Corte sobre a matéria orientada atualizada, o que não se poderia, desde logo, asseverar resulte de decisão meramente majoritária de Turma.

Estou trazendo à Turma a proposta, porque, em realidade, pelo estudo que fiz, verifiquei que há o risco de a Turma divergir de posição anterior adotada por esta Turma e a Primeira Turma. Dessa maneira, penso que matéria de tal natureza deva ser apreciada amplamente pelo Tribunal, hoje com composição diferente da que possuía ao serem tomadas as precedentes decisões.

Tenho considerado sempre de meu dever, como Presidente da Turma, zelar para que as questões de real importância, que nela se apreciem, sejam encaminhadas ao Plenário ou, ainda, quando exista divergência efetiva entre as Turmas da Corte. Convém sempre, pelo reflexo do julgamento na sociedade e para esta, que o Plenário julgue a causa e trace a orientação do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal é um tribunal que define princípios. Assim, se esta matéria tem o relevo que realmente possui, o que já se depreende do noticiário sobre o início do julgamento pela Turma, importante é que a decisão seja tomada pelo Plenário.

J. Néri

16/04/96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 73.662-9 MINAS GERAIS

V O T O

SOBRE PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, como Relator, poderia ter acionado o Regimento Interno e afetado, de imediato, este processo ao Plenário, como venho procedendo toda vez que discutimos questão a envolver tema de estatura maior, versado em reiterados processos e, preferencialmente, de índole constitucional. Não o fiz, porquanto me vi diante de um caso no qual, considerada a tese que sustentei, encontramos não só corrente doutrinária de peso, Heleno Fragoso e Magalhães Noronha, como também provimentos emanados de outros tribunais, revelando que a presunção de violência do artigo 224 do Código Penal é relativa, quando a vítima tem menos de quatorze anos.

Iniciamos o julgamento; fiz um relatório circunstanciado; e cheguei, porque V. Ex^a. me autorizou a tanto, a proferir voto sobre o pedido formalizado na inicial do habeas-corpus. Creio que o voto também se mostrou circunstanciado, fundamentado. V. Ex^a. apartou-me, inculcando-me, talvez, o reexame da matéria probatória na via estreita do habeas; e surgiu, àquela altura, uma discussão, no âmbito da Turma, um pouco mais acalorada, quando o Ministro

0018420200
0349073660
0230615970

Francisco Rezek antecipou-se e pediu vista dos autos. S. Ex^a. levou-os para estudo; trouxe-os posteriormente, proferindo voto acompanhando o Relator. Seguiu-se o voto do Ministro Maurício Corrêa, em idêntico sentido, alcançando-se, com isso, por maioria, a concessão do habeas-corpus. V. Ex^a. tomou o voto do Ministro Carlos Velloso, que foi no sentido de indeferir a ordem pleiteada, e pediu vista do processo, creio, para nos brindar com voto fundamentado sobre o assunto.

Senhor Presidente, cabe, aqui, indagar: é razoável - e este é um princípio constitucional implícito - pensarmos, com três votos concedendo a ordem, no deslocamento deste habeas-corpus para o Pleno? Isso gerará perplexidade, tendo em vista que o Impetrante e, também, o meio acadêmico, em virtude da veiculação do caso pelos jornais, pelos periódicos, vêm acompanhando o julgamento com uma certa expectativa.

Não me sentiria à vontade em acolher a proposta formulada por V. Ex^a., para deslocar este processo ao Pleno em face ao quadro até aqui patente: a Turma, por três votos a dois, está concedendo a ordem.

Há seis anos neste Tribunal, foi o primeiro processo que me foi distribuído versando sobre essa matéria. Aliás, muitos são os habeas-corpus e perdemos as terças-feiras, praticamente, apenas os julgando, o que, sob a minha óptica, impede a apreciação de processos que deveriam merecer uma atenção maior do Tribunal. Tenho mesmo, na bancada, processos que praticamente há um ano estão aguardando pregão. Isso tudo acontece porque persiste o entendimento de que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, ainda que não possua a qualificação de superior.

Não creio, Senhor Presidente, que haja repercussão maior; não creio que possamos colocar em jogo, suscitar um paradoxo, deslocando, após colhidos quatro votos, este processo ao Pleno.

Peço vênias a V. Ex^a., para pronunciar-me, como Relator, de modo contrário à proposta.

É o meu voto.



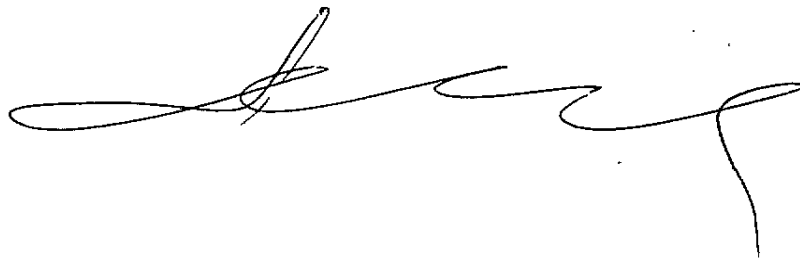
14/05/96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N.º 73.662-9 MINAS GERAISV O T O

S/ PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - Senhor Presidente, data venia, também acompanho o voto do eminente Ministro-Relator, rejeitando a proposta de remessa ao Pleno, porque a votação já havia iniciado, com 4 votos já proferidos, até mesmo para a segurança das partes que integram este habeas corpus.

0018420200
0349073660
0230715680

14/05/96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 73.662-9 MINAS GERAIS

VOTO S/PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: Sr. Presidente, peço vênha aos eminentes Colegas que não concordam com a proposta de remessa do feito ao Plenário, para deferi-la e o faço tendo em vista, por primeiro, a importância da questão.

Na verdade, nesses dois últimos dias, efetivei pesquisa na jurisprudência do Supremo Tribunal e não encontrei nenhuma decisão, em "habeas corpus", a respeito desse tema. Ressalvo que essa pesquisa não foi profunda, tendo em vista o curto espaço de tempo. Parece-me, que é a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal se manifesta, em "habeas corpus", a respeito da tese de direito inscrita no art. 224, alínea a, do Código Penal.

A questão assume feição constitucional, conforme lembrei no meu voto. A Constituição Federal, no art. 227, § 4º, estabelece como determinação ao legislador e roteiro para o intérprete que "a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente". De modo que a Corte Constitucional, na sua composição integral, deve conhecer da questão. *Carlos Velloso*

Em segundo lugar, peço licença para deferir a proposta de V. Exa., Sr. Presidente, tendo em vista que a decisão não seria inédita. V. Exa. esclareceu que há precedente no sentido de, não encerrado o julgamento, ser possível a afetação da questão ao Plenário. A decisão não seria, portanto, desarrazoada, dado que o órgão fracionário, a Turma, integra o Colegiado. Então, por que não permitir que toda a Corte se manifeste?

Tendo em vista o precedente e a natureza da questão, peço licença aos Colegas que divergem para acolher a proposta de V. Exa., Sr. Presidente, e afetar o julgamento do "habeas corpus" ao Plenário. *juízo*

21.05.96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

V O T O
(VISTA)

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): -
Em 10 de fevereiro de 1992 (fls. 20v.), na comarca de Carmo de Minas, o Ministério Público ofereceu denúncia contra Márcio Luiz de Carvalho, ora paciente, pela prática do seguinte fato delituoso (fls. 20):

"Em meados do mês de novembro de 1991, a menor M. A. N. (qualificada nos autos às fls. 6) iniciou um relacionamento com o denunciado, saindo e encontrando-se com o mesmo.

Logo no segundo encontro, o denunciado que possui uma moto, dirigiu-se à cachoeira da barra, neste município e naquele local praticou relações sexuais com a menor tendo o ACD de fls. 4 constatado ruptura do hímen.

O último encontro verificou-se em data de 13 de dezembro de 1991, quando o denunciado insistiu com a menor para que saísse com ele, quando mantiveram relações sexuais."

A menor possuía, à época, doze anos de idade. O paciente foi denunciado pelo crime do art. 213, combinado com o art. 224, letra "a", do Código Penal, ou seja, por estupro, presumida a violência, porque a vítima não era maior de quatorze anos.

Após processamento regular do feito, o magistrado de primeiro grau, na sentença, condenou o paciente, havendo o acórdão do colendo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais afirmado (fls. 142/143):

"No mérito, a meu sentir, é de se confirmar a sentença condenatória, vez que provadas se encontram a autoria e a materialidade do crime.

Cediço é que, 'nos delitos de natureza sexual, a

J. Néri

HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

palavra da ofendida, apontando seu ofensor, constitui a pedra angular da acusação, quando corroborada por elementos de prova' (RT 526/402).

'In casu', a palavra coerente e firme da vítima (fls. 09/09v. e 50/51) encontra ressonância em elementos circunstanciais de indiscutível relevo, os quais exsurgem, principalmente, do exame de corpo de delito de fls. 07/07v. e dos depoimentos de Maria Madalena de Paula (fls. 16/16v. e 52) e de Henrique Ambrósio de Souza (fls. 64), pelo que, sem se esquecer da confissão do recorrente (fls. 12/12v. e 32/32v.), inadmissível é o acolhimento da pretensão absolutória."

Sustenta-se, entretanto, que, não obstante tivesse a vítima doze anos de idade - e esse é fato documentado nos autos - à época da ocorrência, eis que nascida a 21 de outubro de 1979 (fls. 26), não incide, na espécie, o art. 224, "a", do Código Penal, que preceitua: "Presume-se a violência se a vítima: a) não é maior de quatorze anos". Alega-se que a menor de doze anos aparentaria mais de quatorze anos e teria consentido quanto a manter relações sexuais com o paciente, então, com 24 anos de idade.

A sentença examinou esses dois aspectos de fato da defesa (fls. 92/94), nestes termos:

"Diante das informações coletadas na instrução, optei por uma maior dilação probatória para o fim de se conhecer o estado psíquico da vítima, sendo que os peritos chegaram à conclusão de que ela não é portadora de doença mental, mas tem comportamento instável e 'percebe-se também seu narcisismo e exibicionismo, com fantasias no campo sexual'. 'Encontra-se emocionalmente perturbada, esforçando-se para manter a integridade do ego', fls. 110.

Como se pode verificar, a vítima, embora não tenha problemas de ordem mental, o tem de ordem psicológica.

Ora, se a vítima tem problemas de ordem psicológica bem poderia ter mentido a idade ao réu, mas a este, por seu turno, caberia também, já que tinha 24 anos à época dos fatos, avaliar o comportamento da vítima antes de aceitar, - se é que assim realmente aconteceu -, o convite da menor para a relação sexual.

Assim agindo, assumiu o risco supondo e acreditando

J. Méri

HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

que a menor tivesse 16 anos de idade.

Agiu com dolo eventual.

Vejamos o que diz a jurisprudência:

"Age com dolo eventual quem mantém conjunção carnal com menor de 14 anos, na suposição de ter ela idade superior a essa". RT 522/358;

"Quem age na dúvida, age por sua conta e risco. Somente circunstâncias capazes de gerar fundada e séria convicção por parte do agente podem ser atendidas". RJTJESP 38/264;

"A presunção de violência não cede ante o fato da vítima aparentar mais idade. Sobre ser enganoso tal critério, a lei presume que o menor de 14 anos é incapaz de consentir, seja qual for a aparência física, levando em conta o desenvolvimento mental. ...". RT 499/310;

"O erro do agente, no que se refere à idade da vítima de estupro, é indiferente, valendo notar que a simples dúvida não exclui a presunção de violência, posto que, nessa hipótese subsiste dolo eventual". RT 492/310;

"A incapacidade de consentir é o elemento que identifica a violência ficta no caso de estupro de menor de 14 anos". DJU 23.6.1983, p. 4.429.

Finalmente, 'exatamente por serem as jovens menores de 14 anos mais sujeitas, por sua inexperiência, a ceder aos primeiros impactos amorosos, é que dá a lei maior proteção. A sua deficiente resistência é característica normal da insegurança de sua idade, em que o psiquismo se acha alterado ante as razões biológicas que o impulsionam e que lhes abrem um novo campo de visão da vida" RT 407/106.

Mais: é irrelevante o assentimento ou a adesão da vítima ou ainda de eventuais provocações por parte dela. O fundamento da ficção legal da violência, no caso dos

J. Néri

HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

adolescentes, é a 'innocentia consilii' do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento.

Por derradeiro, considerando tudo o quanto foi exposto, mais a prova de que a vítima tinha apenas doze anos quando das práticas sexuais, considerando, ainda, que o acusado confessou espontaneamente a prática delituosa, julgo procedente a denúncia e condeno MÁRCIO LUIZ DE CARVALHO como incurso nas penas do artigo 213, combinado com o artigo 224, alínea "a", do Código Penal."

É de anotar, assim, que, no exame das provas, a sentença não assentou que a menor aparentasse mais de doze anos de idade, como se pretende na inicial do habeas corpus. Ao recusar, por fundamentos jurídicos, a alegação da defesa, afirmou, inclusive, que isso seria, no ponto, irrelevante.

De tal modo, esse fato não há, desde logo, de ser, aqui, em habeas corpus, invocado, para afastar as decisões das instâncias ordinárias. Não caberia, ademais, em habeas corpus, pretender reapreciar as provas do feito criminal, em ordem a poder sustentar a tese de a menor possuir aparência de pessoa com mais de quatorze anos. À evidência, a fotografia de fls. 19, trazida com a inicial, nada prova, desde logo, por absoluta falta de identificação das seis meninas que nela são vistas e da data a que corresponde. Nem seria invocável mera afirmação de uma testemunha da defesa, companheiro do paciente.

Está no parecer da Procuradoria-Geral da República, às fls. 169/170:

"Incontáveis são as decisões desta Corte Suprema no sentido de que o 'habeas corpus' não é meio idôneo para, através do 'exame aprofundado de fatos e provas', se chegar a um entendimento diverso daquele obtido pelas instâncias ordinárias (apenas para citar algumas decisões mais recentes, Habeas Corpus 71.151-6; 72.191-5; 72.260-1; 72.601-1; 72.696-8)."

Nessas circunstâncias, nenhum relevo possui a alegação da inicial, desacolhida na sentença, conforme acima transcrito.

Além disso, decidiu o Tribunal de Justiça de São

J. Ugrí

HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

Paulo: "Ignorância, dúvida ou incerteza do réu quanto à idade da vítima de crime contra os costumes não o favorece, por subsistir o dolo eventual, apto, por si, a testificar a violência ficta" (Rel. Des. Azevedo Francheschini - RT 536/307). Noutro aresto, relator Des. Marinho Falcão, o colendo Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu: "Ainda que o agente tivesse dúvidas quanto à idade da vítima, isso não o beneficiaria. Consoante o magistério de Hungria: "Quem age na dúvida, age por sua conta e risco", é como dizem os italianos, *chi arrischia, vuole*" (Comentários ao Código Penal, Forense, 1947, VIII/228) (RTJSP 82/375)".

Ensina, no particular, Nélson Hungria ("op. cit.", págs. 227/228):

"O que decorre é o seguinte: no caso da letra "a", a simples dúvida (dolo eventual) quanto à idade da vítima não exclui a presunção de violência (...). Se nem mesmo a ciência pode fornecer dados positivos ou seguros para o cálculo da idade em certos períodos, e se é de experiência comum que nada mais enganoso que a avaliação da idade pela aparência da pessoa, a suposição do agente não pode deixar de ser lastreada pela dúvida (que é o princípio da sabedoria). Ora, quem age na dúvida, age por sua conta e risco, e, como dizem os italianos, *chi arrischia, vuole*."

A posição adotada pela sentença e o acórdão guardam conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

No julgamento do Recurso Extraordinário Criminal nº 116.649 - PR, a Primeira Turma, por votação unânime, relator o ilustre Ministro Octávio Gallotti, decidiu em aresto assim ementado (RTJ 127/343):

"Estupro cometido contra vítima que não é maior de catorze anos (artigos 213 e 224, "a", do Código Penal). Presunção legal de violência, que não cede em face da consideração da experiência sexual da ofendida. Recurso provido, para condenar-se o réu."

Cuidava-se, então, de hipótese em que as decisões de primeiro e segundo grau, referindo, também, lições de Magalhães Noronha e Heleno Cláudio Fragoso, sustentavam tratar-se de presunção

J. M. S.

HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

relativa a da alínea "a" do art. 224, do Código Penal. Na sentença, o magistrado havia afirmado, com a confirmação de Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná, acerca dos fatos (RTJ 127/347):

"Com efeito, não se faria justiça condenando Ambrósio Doyhl, uma vez que a violência ficta deve ceder diante da análise probatória realizada, em que se verificou, pelo ambiente e circunstâncias em que vive, que Otília Silveira dos Santos não desconhece os assuntos do sexo, e não sofreu pernicioso influência do acusado para que praticasse com ele o ato sexual.

Invoco, uma vez mais, o princípio da imediatidade, complementar da oralidade, que implica no dever de o juiz tomar contato imediato e pessoal com os meios de prova, sobretudo a prova oral (não adotado com rigor formal no Código de Processo Penal). Este magistrado pôde captar, ao ouvir a ofendida, que seu olhar e maneira de falar não são os mesmos de uma menina de 13 ou 14 anos; percebeu-se que a vida já lhe ensinou muito mais."

Pois bem, a Primeira Turma conheceu do recurso extraordinário, por divergência do aresto recorrido com julgados do STF e de outros Tribunais, e lhe deu provimento para condenar o recorrido. Começou por invocar aresto desta Segunda Turma, no Habeas Corpus nº 51.500 (RTJ 68/375), assim ementado:

"1. Estupro cometido mediante violência presumida (Código Penal art. 224, 'a'). O consentimento da ofendida e sua experiência sexual anterior não desconstituem a tipicidade de tal fato criminoso.
2. Dolo intenso, ou brando e qualquer matéria envolvida em prova não podem ser objeto de apreciação em processo de habeas corpus (Rel. Min. Antonio Nader, RTJ 68/375)."

No precedente referido desta Turma, adotara-se este fundamento (RTJ 68/376):

"4. Por outro lado, como também apontado pela veneranda

J. Neri

HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

decisão condenatória, irrelevante se apresenta, na espécie, o consentimento da menor ou a conclusão dos peritos sobre a atividade sexual anterior da ofendida, pois tanto 'não ilide a tipicidade do crime em tela, máxime considerando que o apelado por mais de uma vez possuiu a menor e o fato de, eventualmente, antes de alcançar a idade de doze anos, ter sido ela vítima de outro ou outros estupros em nada o beneficia."

Em seu voto no RECr nº 116.649 - PR, o ilustre relator Ministro Octávio Gallotti ainda anotou (RTJ 127/353), "verbis":

"A questão foi também situada, com perfeição, no segundo paradigma apontado pelo Recorrente, qual seja aquele do Tribunal de Santa Catarina que incorpora, por sua vez, o magistério da Corte do antigo Estado da Guanabara, este da lavra do saudoso e eminente Desembargador Roberto Medeiros:

"Em razão disso, o Egrégio Tribunal de Justiça da Guanabara, em acórdão da lavra do grande juiz, que é, não há negar, o Des. Roberto Medeiros, assentou: 'O que faz presumir a violência não é nenhuma presunção de inocência. A inocência, assim como a honestidade, não é elemento do crime de estupro. Até a mulher de porta aberta pode ser sujeito passivo dele. A ausência de consentimento é que o caracteriza'.

Na hipótese do art. 224, "a", do Código Penal, o fundamento da presunção de violência é a incapacidade de consentimento. A lei nega validade do consentimento, firmando em relação ao menor um dever absoluto de abstenção (Manzini, vol. 7, pág. 268), sendo irrelevantes até mesmo a iniciativa ou provocação da vítima para o ato sexual (Hungria, vol. III, pág. 222), assim como 'o estado de corrupção ou de virgindade da menor' (Manzini, vol. 7, pág. 263; Manfredini, 'Delitti contro la moralita publica e il buono costume', pág. 145; Paul Sagor, 'Commentaire du Code Penal Suisse', Partie Speciale, vol. I, pág. 331). (RJ 397, pág. 354)". (fls. 117/8).

J. Neri

HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

A consideração de que a elaboração da lei penal haja tomado "como fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes" a 'innocentia consilii', como expresso no item 70 da respectiva exposição de motivos, não autoriza o magistrado a substituir a atividade do legislador, na avaliação desse pressuposto. Assim é, porque o Código fixou, ele próprio, a idade, e, de modo algum, deixou, ao critério aplicador, a aferição, em cada caso, da maturidade da menor.

A lamentável realidade de que novelas e outros espetáculos transmitidos por televisão abordem, com naturalidade, cenas reprováveis - como anotado pela sentença - não pode conduzir à descriminalização desses fatos pelo Juiz, até mesmo porque, a prevalecer essa permissividade, os meios de divulgação já teriam derrubado considerável parte da legislação penal, no capítulo referente aos costumes e em outros domínios. Mas, aos meios de comunicação, ainda não é dado o poder de revogar as Leis do País.

Em relação ao menor de quatorze anos, segundo o Código vigente, não há como cogitar do consentimento válido que - só ele - poderia afastar a tipicidade do estupro, cuja prática ficou, na espécie, nitidamente caracterizada.

Conheço do Recurso e dou-lhe provimento, para julgar procedente a ação penal e condenar o Réu, ora Recorrido, à pena mínima de 3 (três) anos de reclusão, de acordo com o art. 213, combinado com o art. 224, "a", ambos do Código Penal."

Idêntica orientação seguiu a Primeira Turma, no RECr nº 108.267 - PR, relator o Ministro Sydney Sanches (RTJ 130/803-817), a 21.3.1989.

Proclamou, com inteira adequação à teleologia da norma em exame, o colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relator o Des. Thomaz Carvalho ("in" Revista dos Tribunais, vol. vol. 348, págs. 81 a 83): "A leviandade de uma menor de quatorze anos não autoriza ninguém a aproveitar, satisfazendo seus instintos sexuais. Sua imaturidade para consentir em ato de tal relevo para sua vida, torna criminosa a ação, pela qual seu autor responde penalmente".

Recolhe o acórdão da Primeira Turma, no RECr nº 108.267, na mesma linha, o aresto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, publicado na Revista dos Tribunais, vol. 444, págs. 296 e

J. Uôri

HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

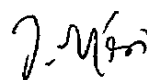
297, relator o Des. Carlos Ortiz, entre cujos fundamentos se lê, "verbis" (RTJ 130/813-814):

"De qualquer modo, como bem observa Magalhães Noronha, 'até 14 anos, o menor, via de regra, não tem capacidade para avaliar o ato incriminado. Acha-se em uma fase em que está operando a transição fisiológica da puberdade, em que o organismo passa por uma série de mutações e perturbações, acarretando-lhe não só a instabilidade física, como psíquica. O temperamento é vário e versátil; o caráter ainda não se formou. Nesse estado de metamorfismo, a personalidade está por se definir, sendo a menor presa fácil, um brinquedo nas mãos do adulto. Ainda que este seja provocado, embora seja a menor que o incite e o convide ao ato, sobram razões para não se aceitar aquele procedimento como plenamente consciente e válido, traduzindo, destarte, um querer espontâneo, livre e cabal. Seria inadmissível a impunidade do indivíduo lascivo que mantivesse coito carnal com menor de 14 anos, porque provou ser ela fácil e namoradeira. Não será o bastante. Mesmo que leviana, ainda que apresente liberdade de costumes, essa menor merece toda a proteção legal'. Conclui, mais adiante, o mestre: 'prove o réu que foi seduzido, se a menor não ultrapassou os 14 anos, não fugirá à pena'. (Código Penal Brasileiro Comentado, vol. VII, ed. 1954, nº 137, págs. 375/376). Nem é outro o entendimento jurisprudencial sobre a matéria (RT, vols. 407/102 e 106 e 410/127; 'Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça', vols. 4/303 e 10/588), inclusive no tocante à irrelevância do consentimento da vítima, menor de 14 anos (RT vols. 389/209 e 397/353); Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça, vols. 4/303, 11/498 e 16/441" (RT 444, pág. 297).

Nesse sentido, anotou, no precedente mencionado, o ilustre Ministro Sydney Sanches (RTJ 130/816):

"A teleologia da norma penal é a defesa da menor. E essa tutela não pode ser ignorada mesmo quando alegadas experiências anteriores da menor. O contrário seria incentivar a prostituição infantil, pela impunidade que criaria.

Como diz o recorrente, citando o Professor João



HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

Mestieri, "no estupro ficto tem-se um dever geral de abstenção de relações sexuais imposta aos destinatários da norma, em relação a menores de certa idade."

Nesse sentido, escreveu também Paulo José da Costa Júnior: "Não invalida o crime o fato de a ofendida não ser mais virgem, ser leviana, fácil e namoradeira, ou tiver liberdade de costumes", referindo, no particular, numerosas fontes jurisprudenciais (Comentários ao Código Penal, Parte Especial, 1989, vol 3. pág. 130).

Não logra, desse modo, também, maior relevo, a tão invocada expressão da vítima de que "assim agiu porque 'pintou' vontade" ou estoutra "que não tem medo de pegar AIDS e nem de engravidar", reproduzidas na sentença (fls. 91). Não é menos certo que, no primeiro depoimento, informou que por medo, subiu na carona da moto do paciente, quando este determinou.

Está, de outra parte, em uma rápida incursão pelos documentos, no "laudo psicológico", às fls. 83: "Seu comportamento é instável, com falta de perseverança nas atividades, reagindo de forma imatura às estimulações ambientais. Percebe-se também seu narcisismo e exibicionismo, com fantasias no campo sexual. (...). Encontra-se emocionalmente perturbada, esforçando-se para manter a integridade do ego."

Na compreensão do art. 224, "a", do Código Penal, cumpre ter, assim, presente que se supõe a violência pela falta de consentimento válido, ou seja, pela incapacidade de consentir do sujeito passivo. Nessa linha, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: "Irrelevante haja acedido (menor de 13 anos de idade) ao primeiro convite de seu estupraador, se por presunção legal não tinha discernimento e liberdade de volição. O seu querer era viciado pela incapacidade de consentir". Já, por isso, advertia Viveiros de Castro, prove o réu que a ofendida consentiu; prove ainda o réu que a menor tinha uma inteligência perspicaz e viva, sabia perfeitamente o que fazia (...), conhecia teoricamente todos os segredos da voluptuosidade (...). O crime não muda de natureza, é estupro (...)." (RJTJSP 28/400 e RT 460/327). O Superior Tribunal de Justiça, à sua vez, no Recurso Especial nº 15414, relator o Ministro Pedro Aciole, decidiu em aresto assim ementado:

"A falta de consentimento válido é a essencial

J. Neri

354

HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

circunstância que confere ao artigo 224 a presunção 'juris et de jure', buscada para ter-se como real a violência presumida. Não há conceder que menores de quatorze anos, a quem não se permite validade de atos jurídicos tenha consciência plena para validar com o seu consentimento o ato em comento. É justamente a impossibilidade de o menor compreender em toda sua extensão o ato praticado, que afasta o consentimento válido, para excluir a incidência da norma penal. Falta ao menor a maturidade, quer mental, quer física, para ter alcance e avaliar com precisão o ato violador dos costumes. Não pode falar-se, portanto, em consentimento pleno e livre; a consequência é a violência presumida." (DJU de 31.8.1992, p. 13653)

De todo o exposto, tenho, pois, que a exegese conducente a afastar a incidência do art. 224, letra "a", do Código Penal, quando a menor de quatorze anos manifestar consentimento em ato sexual, levaria a tornar impunes ações socialmente reprováveis, inaceitáveis e mesmo abjetas de elementos inescrupulosos que buscariam satisfação sexual com pobres crianças, já desprotegidas, em razão da miséria material e do abandono moral e intelectual, que cercam a prostituição infantil. Bastaria, a seguir, para a impunidade, que a infeliz vítima, em razão de dinheiro ou de favores outros do sujeito ativo, ou mesmo por medo de represália, afirmasse que consentira na prática da conjunção carnal ou que provocara, para isso, o agente do ilícito. Tal interpretação, "data venia", - além de negar o texto da lei, sua finalidade que é a proteção ao menor de quatorze anos, - não contribuiria, de outra parte, para a solução do gravíssimo problema da infância e da adolescência de nosso tempo, a qual não se restringe a mero amparo material a legiões de meninos e meninas que perambulam pelas ruas de nossas cidades, mas, simultaneamente, exige, dos Poderes Públicos e das instituições privadas, a assistência moral e espiritual, em ordem a que possam participar dos valores da cidadania e se integrar nos caminhos da dignidade humana. O Poder Judiciário é co-responsável nessa obra da nacionalidade, cumprindo-lhe, destarte, não dar às leis interpretação que, aparentemente, atenderia a uma época de liberação sexual, mas que, em verdade, conduzirá à impunidade em crimes dessa natureza e isso implicará, assim, concorrer, na aplicação da lei, para a

J. M. S.

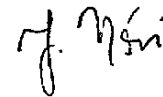
355

HABEAS CORPUS

Nº 00736629/130

crescente dissolução dos costumes. A lei quer dar proteção ao que não é maior de quatorze anos; não é cabível, destarte, conferir-lhe interpretação que terá como destino, evidentemente, favorecer os que buscam dar satisfação a seus instintos sexuais, fora do matrimônio ou de relação familiar estável nos termos da Constituição, procurando menores, quase sempre desamparados, ou fruto da liberação dos costumes, os quais, por sua imaturidade, seriam, ainda uma vez, vítimas da própria sociedade.

Com a devida vênia, mantenho a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porque é a que melhor atende aos objetivos da lei, à exigida proteção social aos menores de quatorze anos e aos interesses maiores da sociedade. Indefiro o habeas corpus.



BOA/

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 73.662-9

ORIGEM : MINAS GERAIS

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE. : MARCIO LUIZ DE CARVALHO

IMPTES.: PAULO ADHEMAR PRINCE XAVIER E OUTRO

COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

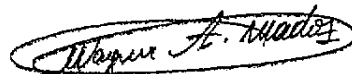
Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Relator deferindo o *habeas corpus* para absolver o paciente do crime de estupro que lhe é imputado, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro Francisco Rezek. 2a. Turma, 16.04.96.

Decisão: Após os votos dos Ministros Relator, Francisco Rezek e Mauricio Corrêa deferindo o *habeas corpus*, para absolver o paciente do crime de estupro, e do voto do Senhor Ministro Carlos Velloso indeferindo o pedido, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista formulado pelo Presidente. 2a. Turma, 14.05.96.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma rejeitou proposta do Presidente, no sentido de afetar ao Plenário o julgamento do *habeas corpus*, tendo em conta a importância da matéria, vencidos os Ministros Carlos Velloso e o Presidente. Por maioria, a Turma concedeu o *habeas corpus* para absolver o paciente, vencidos os Ministros Carlos Velloso e o Presidente. A Turma determinou, ainda, a expedição de alvará de soltura, em favor do paciente, se por *al* não houver de permanecer preso. 2a. Turma, 21.05.96.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Francisco Rezek e Mauricio Corrêa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges.



Wagner Amorim Madoz
Secretário